

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Primera C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

NIG:

Recurso de Apelación 804/2021

Recurrente: AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCON
LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

Recurrido:

PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA Nº 149/2022

Presidente:

D. Magistrados:

D.

D.

En la Villa de Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil veintidós.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso de apelación número 804/2021, interpuesto el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, representado por su Letrado consistorial don contra la Sentencia de 12 de mayo de 2.021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Madrid en el procedimiento abreviado nº 213/2020. Siendo parte apelada el Sindicato , representado por la Procuradora de los Tribunales doña .



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 12 de mayo de 2.021, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 9 de Madrid, en el procedimiento abreviado nº 213/2020, por la que se estimaba el recurso interpuesto por el contra la desestimación por silencio administrativo por el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de la solicitud para que se declarase la anulación de la comisión de servicios acordada por el Ayuntamiento a favor de don

SEGUNDO.- Contra la mencionada resolución judicial por el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, en la representación indicada, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación en base a las alegaciones que se hacen constar en el escrito de recurso, las cuales se tienen por reproducidas en aras a la brevedad.

TERCERO.- El formuló oposición al recurso de apelación presentado interesando su desestimación por las razones vertidas en el correspondiente escrito, que se tienen igualmente por reproducidas.

CUARTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma, se señaló para votación y fallo el 24 de febrero de 2022, fecha en la que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Magistrado don , quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación se ha interpuesto por el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón contra la Sentencia de 12 de mayo de 2.021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Madrid, en el procedimiento abreviado nº 213/2020, por la que se estimaba el recurso interpuesto por el contra la desestimación por silencio administrativo por el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de la solicitud para que se declarase la anulación de la comisión de servicios acordada por el Ayuntamiento a favor de don .



Para la estimación del recurso la Sentencia se fundamenta en las siguientes consideraciones:

“(…) Pues bien, con fecha 11 de abril de 2019 el Jefe de la Policía Municipal del Ayuntamiento demandado emite una Orden en la que se determina la posibilidad de que se habilitaran policías municipales para cubrir de manera provisional la jubilación de una serie de oficiales, determinando como plazo límite para presentar currículum el 18-4-2019-

El Intendente Jefe de la Policía el día 4-3-2019, es decir antes de la decisión de la necesidad de habilitar a policías, emite un informe en el que señala quienes son los policías concretos que propone para que sean habilitados. Y el día 23-5-2019 el mismo Jefe emite un informe ampliatorio en el que ya se asigna a cada uno de dichos policías, los turnos correspondientes.

El día 12-6-2019 el departamento de recursos humanos del Ayuntamiento emite un informe en el que considera oportuno nombrar en comisión de servicio a los policías predeterminados por el Intendente.

El día 26-6-2019 el Primer Teniente de Alcalde resolvió nombrar en comisión de servicios por un plazo de un año a los policías que ya había determinado el Intendente.

Las jubilaciones de los funcionarios para los que se habilitaba a otros funcionarios, estaban previstas para el mes de junio de 2019, noviembre de 2019 y marzo de 2010.

Todo lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto que, por una parte no existía urgencia para cubrir todas las jubilaciones, y por otra, que el Ayuntamiento antes de resolver el concursillo, no solamente ya había dicho quien eran los policías que iban a ser habilitados, sino que también se les había ya asignado el turno concreto en el que desempeñarían sus funciones cada uno de ellos. Todo ello pone de manifiesto que el derecho de participar en igualdad de condiciones era una mera pantomima, para poner de alguna manera de manifiesto, que se había ofertado las habilitaciones con el fin de que pidieran presentar sus solicitudes cualquier funcionario que reuniera los requisitos, pero sin que tuviera la oportunidad de ser elegido.

En otro orden de cosas, se ha de indicar, a pesar de lo dicho ya, que no consta la mínima motivación que ponga de manifiesto que los funcionarios elegidos disponían de mayores méritos que el resto de los que se presentaron. Ya hemos señalado anteriormente los requisitos de la motivación de los actos en general y de los actos discrecionales en particular, y de lo que allí se ha dicho se llega a la conclusión de que no existe dato alguno del que pueda disponer este juzgador para determinar si ha habido una motivación suficiente, al menos, por una parte; y por otra, que pudiera poner de manifiesto que los elegidos contaban con mejores méritos, lo que hubiera podido dejar sin efecto una posible desviación de poder.”

SEGUNDO.- El citado Ayuntamiento recurre en apelación la mencionada Sentencia expresando que la misma infringe el art.24.1 CE y vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad incongruencia omisiva por infracción del art. 218.1 y 218.2 LEC al existir una defectuosa motivación de la sentencia.

Señala que los argumentos esgrimidos en el acto de la vista no han sido tenidos en cuenta ya que se expresó que la habilitación de los Policías que se recurre lo era en aplicación



del Reglamento de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, instrumento de carácter normativo amparado, por remisión expresa del art. 3.2 del Real Decreto legislativo 5/2015, Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, en el art. 52 de la LO 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, siendo que el mismo es firme. Añade que tampoco se motiva la alegación relativa al procedimiento de habilitación de cabos de la policía por comisión de servicios en respeto con la jurisprudencia sobre la materia con cita de las SS del Tribunal Supremo, Sala 3ª a partir de las Sentencias 710/2019 de 28/05/2019 al recurso 246/2016 y 873/2019 de 24 jun. 2019, Rec. 1594/2017.

TERCERO.- El se opuso al recurso de apelación aduciendo que la tesis sostenida por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo no 9 de Madrid no merece reproche alguno y ha de defenderse que la Sentencia impugnada es congruente con las distintas cuestiones que fueron planteadas por esta representación procesal y por la Administración Pública demandada, al tratarse, en definitiva, de la patente falta de motivación en el acuerdo que resuelve un proceso para ocupar determinados puestos vacante y de la inexistencia del requisito de “urgente e inaplazable necesidad” legalmente exigido para hacer uso de la figura de la comisión de servicios.

Indica que se ha sustanciado un procedimiento con la apariencia de un proceso selectivo, cuando los agentes finalmente designados ya estaban preseleccionados pues a pesar de que en el informe del intendente de 23 de mayo de 2019 en el que se refiere la realización de entrevistas personales y los factores de valoración que se utilizaron, no consta en el expediente el levantamiento de actas ni se especifica la puntuación atribuida a cada uno de estos factores.

Añade que no se infringe la jurisprudencia que se cita pues sólo se constata que los agentes fueron seleccionados con carácter previo a la publicación del anuncio de la oferta de la plaza en comisión, y se obvia que los adjudicatarios cumplen con los requisitos exigidos y que sean los agentes idóneos para desempeñar la plaza vacante.

CUARTO.- De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa pueden incurrir en cuatro tipos de incongruencia: omisiva o por defecto, positiva o por exceso, mixta o por error e incongruencia interna. En este sentido, conviene transcribir en parte la STS de 29 de enero de 2014, Rec. 2582/2011, que define cada uno de tales supuestos.

"Reiterada doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo viene distinguiendo cuatro tipos de incongruencia: 1.ª La incongruencia omisiva o ex silentio, en la que se incurre cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial, una constatación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a la pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de



alegaciones concretas no sustanciales. 2.^a La incongruencia "extra petitem", en la que se incurre cuando el pronunciamiento recae sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses, provocando indefensión al defraudar el principio de contradicción. 3.^a La incongruencia mixta o por error, en la que se incurre cuando por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta. 4.^a La incongruencia interna, en la que se incurre cuando falta coherencia o correlación entre la ratio decidendi y lo resuelto efectivamente en la parte dispositiva, o cuando faltando al rigor discursivo se expresan fundamentos contradictorios".

En análogo sentido, se pronuncian las SSTC 30/2007, 53 y 83/2009, 24/2010 y 25/2012, así como la STS de 1 de julio de 2013 (Rec. 3035/2011).

Por tanto, la incongruencia omisiva, ex silentio o minus quam petita se produce cuando la sentencia no se pronuncia sobre alguna de las pretensiones formuladas por las partes, o no analiza alguno de los motivos esgrimidos para apoyar dichas pretensiones (SSTS de 25.02.08, Rec. 3541/2004; de 08.07.08, Rec. 6217/2005; de 23.03.10, Rec. 6404/2005; y de 04.10.12, Rec. 532/2011).

Como nos recuerda la STS de 18 de enero de 2017 (Rec. 1087/2016) Según reiterada doctrina constitucional, "ha de diferenciarse entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas; de manera que si bien respecto de las primeras no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global y genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales, la exigencia de congruencia, referida a la pretensión misma, es más rigurosa. Pues, en este caso, para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita y una mera omisión sin trascendencia constitucional, es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundadores de ella (SSTC 26/1997, de 11 de febrero; 129/1998, de 16 de junio; 181/1998, de 17 de septiembre; 15/1999, de 22 de febrero; 74/1999, de 26 de abril; y 94/1999, de 31 de mayo, entre otras muchas)".

El requisito de la congruencia, en fin, no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquéllas, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, justifican el fallo.

En definitiva, concluye la STS de 18 de enero de 2017 (Rec. 1087/2016) que la exigencia de congruencia opera con menor intensidad cuando no se la contempla desde la perspectiva de las pretensiones sino desde la propia de las alegaciones esgrimidas en su apoyo. En este segundo caso aquella intensidad se debilita, de modo que no es necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación pormenorizada y explícita a todas y a cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de líneas de defensa concretas no sustanciales (sentencias del Tribunal Constitucional 26/1997, 101/1998 y 132/1999 y STS 7 de marzo de 2014 (rec. 276/2011).



Ya transcribimos en el primer Fundamento la ratio dicendi de la decisión que se alcanza después de analizar el alcance interpretativo del artículo 35 de la Ley 39/2015 en relación con la motivación en la elección de altos cargos.

El Ayuntamiento entiende que la Sentencia carece de motivación suficiente al haber obviado sus alegaciones jurídicas en relación con el alcance del artículo 36.1 del Reglamento de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón y la jurisprudencia sobre la materia con cita de las SS del Tribunal Supremo, Sala 3ª a partir de las Sentencias 710/2019 de 28/05/2019 al recurso 246/2016 y 873/2019 de 24 jun. 2019, Rec. 1594/2017.

Efectivamente, dichas alegaciones fueron vertidas en el procedimiento y su análisis ha sido obviado en Sentencia lo que determina que se excluyó de la resolución del debate cuestiones jurídicas e interpretativas que pudieran resultar esenciales para la resolución del litigio cuya sustancialidad determina esa falta de motivación que genera la indefensión postulada.

No obstante estimarse esta parte del único motivo de apelación la respuesta no puede alcanzar la resolución favorable que se insta y ello es así puesto que aquel precepto reglamentario se limita a expresar que:

“1.-Cuando por falta de efectivos del Cuerpo no sea posible que el mando se ejerza por personal de la categoría correspondiente, el Jefe del Cuerpo elevará propuesta al Alcalde o Concejal Delegado para que designe para tal puesto al componente del Cuerpo, de la categoría inmediata inferior que considere más idóneo, sin que ello suponga derecho de preferencia alguna a ocupar el puesto vacante, el cual se proveerá de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Coordinación, en el Reglamento Marco de Organización de las Policías Locales de la Comunidad de Madrid o en el presente Reglamento.[...]”

[...]3.-Si no hubiese mando con graduación en algún turno de servicio, la Jefatura determinará qué Policía la desempeñará, conforme a los mismos principios de capacidad, mérito y antigüedad de todos los componentes del turno. Aquellos policías que realicen asunción de funciones superiores, tendrán los deberes y obligaciones que le correspondan al Jefe de servicio, así como los derechos económicos que se establezcan por el Ayuntamiento, por el tiempo que ejerza responsabilidades superiores. Los de igual categoría están obligados a cumplir las órdenes que estos indiquen [...]”.

No habiendo sido combatido el relato de hechos que contiene la Sentencia de instancia no cabe duda que las designaciones fueron nominales y previas a la puesta pública de la convocatoria entre los Policías Locales que, según señala el Ayuntamiento, se verificaría por el procedimiento del artículo 36 citado, resultando que en el Informe de la Intendente Jefe de Policía Municipal de 23 de mayo de 2019 se relaciona un procedimiento de selección que se habría llevado a cabo pero del que no consta documento alguno en el expediente.

El punto 1 del citado precepto se refiere a los supuestos en los que el mando no se pudiera ejercer por personal de la categoría correspondiente lo que no consta acreditado en autos pues el informe que sirve de base a la designación solo refiere la existencia de tres solicitudes de jubilación ordinaria voluntaria presentada por tres Oficiales, jubilaciones que, además y según se indica en la Sentencia y no resulta controvertido, estaban previstas para el mes de junio de 2019, noviembre de 2019 y marzo de 2010 y de cinco vacantes, pero no se llega a expresar, ni se acredita en el procedimiento, aquella imposibilidad que expresa la



norma máxime cuando el apartado 3 de la misma habilita la sustitución puntual en turnos de servicios sin que se especifique ni acredite que los mandos intermedios existentes no fueran suficientes para los diferentes turnos de servicio y que las necesidades no llegaran a ser meramente puntuales.

Por otro lado, traducida la habilitación del precepto en comisión de servicios, es cierto que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019 (cas. 1594/2017) en relación con su Fundamento Quinto, punto 7º, se expresa lo siguiente *“La convocatoria pública a la que se refiere el artículo 81.3 del EBEP no implica -máxime si concurren necesidades urgentes e inaplazables- aplicar las exigencias y formalidades procedimentales propias de los sistemas de provisión ordinarios, en especial el concurso, en el que se presentan y valoran méritos, se constituyen órganos de evaluación, etc.: bastará el anuncio de la oferta de la plaza en comisión de servicios, la constatación de que el eventual adjudicatario cuenta con los requisitos para ocuparla según la relación de puestos de trabajo y su idoneidad para desempeñar la plaza vacante”* y, también que la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2021 (cas. 1456/2020) señala que *“Nada dice expresamente el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre) sobre la comisión de servicios, aunque implícitamente haga mención de ella en el artículo 81.3 -cobertura provisional de puestos de trabajo en caso de urgente e inaplazable caso de necesidad- por lo que debe acudir a normas reglamentarias para discernir su naturaleza.*

El artículo 64 del Real Decreto 364/1995 regula las comisiones de servicio, tanto las voluntarias como las de carácter forzoso. Respecto de las voluntarias exige para la cobertura del puesto vacante urgente e inaplazable necesidad.

En la línea del reglamento estatal se proyecta la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana, aprobada con posterioridad a la actuación objeto de enjuiciamiento y por tanto no aplicable, mas que ilustra acerca de la naturaleza de la comisión de servicios ordinaria. Su artículo 117 la reputa una forma voluntaria temporal y excepcional de provisión de puestos de trabajo que procede, en casos de urgente e inaplazable necesidad, cuando concurren causas razonadas de interés público que identifica. Añade que, reglamentariamente, se determinará el procedimiento para su tramitación y resolución que deberá cumplir el principio de publicidad”.

Teniendo en cuenta que el artículo 36.1 de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid, establece que los Policías Locales de la Comunidad están sometidos, en cuanto a su régimen estatutario, a la presente Ley, a la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a la Ley de Bases de Régimen Local, al Estatuto Básico del Empleado Público y a las disposiciones generales de aplicación en materia de función pública, conforme a dicha doctrina hubiera sido preciso acreditar la urgente e inaplazable necesidad de proveer tres plazas de Oficiales en comisión de servicios pues a la vista de los escasos datos aportados no se puede alcanzar dicha conclusión y sin perjuicio de que el propio consistorio siguió, según el informe antes referido, un procedimiento de selección por lo que resulta contradictorio invocar una doctrina contraria a sus propios actos.

En suma, procederá estimar el recurso de apelación en relación con la existencia de incongruencia omisiva de la Sentencia de instancia y, en cuanto al fondo de la cuestión procederá su desestimación confirmando el alcance estimatorio de dicha Sentencia.



QUINTO.- Estando a los criterios en cuanto a costas previstos en el artículo 139.2 LJCA, la estimación de la apelación en los términos reflejados conlleva la no imposición de costas a la apelante, manteniéndose el criterio objetivo establecido en la Sentencia de instancia en relación n con su condena en costas.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección 1ª) en el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón contra la Sentencia de 12 de mayo de 2.021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Madrid en el procedimiento abreviado nº 213/2020, ha decidido:

Primero.- Estimar dicho recurso de apelación en relación con la existencia de incongruencia omisiva de la Sentencia de instancia y, en cuanto al fondo de la cuestión procederá su desestimación confirmando el alcance estimatorio de dicha Sentencia

Segundo.- No condenar en costas en esta instancia.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº

ata de un “Recurso” 24 Contencioso

21 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



D.

D.

D.

D.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria en rec. de apelación